أخطاء القضاء

دارسة مقارنة في الفقة الشرعي والقانون الوضعي

د . عوض محمد عوض
أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي ــ كلية الحقوق ــ جامعة الاسكندرية

تمهيد :

اذا ذكر العدل تمثل الذهن القضاء، واذا ذكر القضاء تداعى الى الذهن معنى العدل. فالارتباط بين الأمرين وثيق، اذ ليس للقضاء من عمل سوى احقاق الحق وابطال الباطل، وذلك عين العدل. والخطأ في القضاء أيا ما كانت صورته لا يستقيم مع معنى العدل، لأن هذا الخطأ يفضي الى اعطاء حق لغير صاحبه أو الى حجب حق عن صاحبه. ولما كانت مهمة القضاء هي اعطاء كل ذي حق حقه، فانه يكون من المتعين الحيلولة دون وقوع القضاة في الخطأ ابتداء، وكذلك العمل على تداركه إن وقع. وبعبارة أخرى فان خطأ القضاء يجب دفعه، فان تعذر دفعه وجب رفعه.

وللخطأ معنيان : أحدهما شخصي أو ذاتي، ويقصد به الانحراف عن السلوك الواجب، أما الآخر فموضوعي، ويقصد به عدم اصابة الحق أو الحقيقة. والمعنى الثاني أوسع من الأول، فهو يتسع له دائما ويتسع عنه أحيانا. ذلك أن تجنب الخطأ بمعناه الأول مقدور عليه، ولا يخلو الوقوع فيه عن أن يكون على وجه العمد أو التقصير، ومن ثم كان هذا الخطأ موجبا للوم. أما الخطأ بمعناه الآخر فقد يخلو عن العذر أو يلتبس به، واذا خلا عنه تطابق المعنيان، واذا التبس به افترقا، وعند الانطباق يكون المخطىء آثما أو ملوما، ولا يكون كذلك عند الافتراق.

والخطأ بكلا المعنيين ممكن الوقوع بل كثير الوقوع، فليس في الناس من يسلم منه. وهذه القضية لا تحتمل المكابرة، لأن المنازعة فيها تعني ادعاء الكمال وهو مالم يجهر به من قبل أحد، وما نظن أحدا يجرؤ على الجهر به. ولأمر ما حرصت الكتب السماوية على تسجيل الخطأ بل الخطيئة على الانسان في أعقاب خلقه، فقد عصى آدم ربه فغوى، ثم لم يلبث قابيل أن قتل ظالما أخاه هابيل. وفي الحديث : كل بني آدم خطاء، وخير الخطائين التوابون. والحديث صريح في أن التفاضل بين الناس

ليس مناطه التنزه عن الخطأ، وانما التوبة منه بعد الوقوع فيه.

والقاضي انسان يفصل في خصومة، وهو بوصفه انسانا عرضة للخطأ. وخطؤه اما أن يكون نتيجة هوى أو تقصير منه أو قصور فيه أو في نظام الاثبات الذي يطبقه. وليس بين القضاة من هو معصوم من الخطأ في صورة أو أخرى من صوره ولو كان نبيا. وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: انما أنا بشر مثلكم، وأنكم تختصمون الى، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئا فانما أقطع له قطعة من النار. ولا يعنينا الخوض — في هذا المقام — فيما اذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلم رغم قضائه من المحق ومن المبطل، وحسبنا أن ظاهر الحديث صريح في أنه من الممكن أن يحكم لأحد الخصمين بما ليس من حقه، وذلك هو الخطأ في بعض معانيه (١).

وفي سورة الأنبياء مثل لإمكان ورود الخطأ حتى على الأنبياء حين يقضون، وهو مثل واقعي لا مجرد فرض نظري. قال تعالى: **«وداود وسليمان اذ يحكمان في الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين، ففهمناها سليمان، وكلا آتينا حكما وعلما»**. وتذكر كتب التفسير أن سليمان عليه السلام راجع أباه في حكمه وأقترح عليه حكما آخر رآه أصوب فأقره. وقال له: وفقت يا بني، لا يقطع الله فهمك (٢). وثمة واقعة أخرى روتها كتب الحديث، فعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: بينما امرأتان معهما ابناهما جاء الذئب فذهب بابن احداهما، فقالت هذه لصاحبتها: انما ذهب بابنك أنت، وقالت الأخرى: انما ذهب بابنك، فتحاكمتا الى داود فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتاه، فقال: أتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى: لا، يرحمك الله، هو ابنها، فقضى به للصغرى (٣). وانكشف بذلك خطأ ما قضى به نبي الله داود.

ولما كان القضاء موضوعا انساني الطابع فقد شغلت به كل الشرائع وعنيت بوضع الضمانات والضوابط التي تحول دون وقوع القضاة في الخطأ، كما عنيت بعلاج أو تدارك ما يقع منهم رغم ذلك من خطأ. ويلفت النظر أن الشرائع بوجه عام تتشابه مواقفها وان تباينت في بعض التفاصيل. وعلة التشابه والتباين مفهومة، فليس بين الناس من يقر الخطأ أو يرضى بأختلال ميزان العدل، لأن العدل مركوز في الفطر، وهو الى ذلك ضرورة اجتماعية لا تستقيم بدونها حياة الناس، ومن هنا كان التشابه. لكن عقول الناس تتفاوت في استنباط الحلول وابتداع الوسائل، وهذا سر التباين.

وهذا البحث وان كان يسعى أساسا الى ابراز موقف الفقة الشرعي من خطأ القضاء، الا أننا نؤثر التمهيد له بعرض صورة مجملة لموقف القانون الوضعي المعاصر من الموضوع، وقد اخترنا القانون المصري الحالي نموذجا لذلك. وسوف نعرض كذلك للقانون الوضعي في مواضع أخرى حيث يقتضي المقام ذلك.

وسائل القانون الوضعي الى درء الخطأ:

ينحصر عمل القضاء في أمرين: تحرى حقيقة الواقع في محل الخصومة أو النزاع، ثم تحرى حكم القانون في هذا المحل وانزاله عليه واجبار طرفي النزاع على الامتثال له، وكلا الأمرين يمكن أن يتطرق اليه الخطأ. وعلى هذا فخطأ القضاء اما أن يكون خطأ في الواقع أو في القانون.

وتحرص الشرائع الوضعية على درء الخطأ بنوعيه بوسائل شتى ضمانا لسلامة أحكام القضاء.

(أ) ومن هذه الوسائل ما يتصل **بتأهيل القضاة**، فالقاعدة أن الفصل في الدعاوي يقتصر على من تخصص في دراسة القانون وحصل على اجازة فيه من احدى الكليات الجامعية التي تنقطع لتدريسه (٤) وعلة ايجاب هذا الشرط واضحة، فالقانون ليس مجرد مجموعات من النصوص، وانما هو علم يقوم على قواعد وأصول ثابتة، وفضلا عن ذلك فان نصوص القانون في كل دولة تبلغ من الكثرة ما يتعذر معه على عامة الناس الاحاطة بها. وكلا الأمرين يقتضي ألا يتصدى للفصل في الدعاوي غير من أتيح له الالمام بأصول القانون ونصوصه.

(ب) ومن هذه الوسائل أيضا ما يتصل **بأهلية القاضي للفصل في الدعوى المعروضة عليه.** ويتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الاجراءات الجنائية نصوصا تبين الأحوال التي يمتنع فيها على القاضي أن ينظر الدعوى، وكذلك الأحوال التي يجوز فيها للخصوم رده. وعلة هذا الشرط واضحة بدورها، فالقاضي مهما أمعن في التجرد ليس الا انسانا ينفعل بما سينفعل به غيره، فهو يحب ويبغض ويتعلق هواه بما يتعلق به هوى غيره، والهوى والحيدة لا يستقيمان، اذ هما نقيضان. ولما كانت الحيدة شرطا لازما لسلامة حكم القاضي أصلا، ولاطمئنان الناس الى حكمه تبعا، فقد حرص القانون الوضعي — سدا للذرائع — على منع القاضي من نظر الدعوى وجوبا في أحوال، وعلى أجازة رده عن نظرها في أحوال. والجامع بين كل هذه الأحوال هو وجود مصلحة خاصة للقاضي — مادية أو أدبية — يحتمل معها أن ينحاز فيحكم في الدعوى على وجه معين.

(جـ) ومن وسائل درء الخطأ **تعدد القضاة واشتراط أغلبية خاصة عند اصدار الأحكام في بعض الأحيان.** ويجري التشريع الوضعي على تشكيل المحاكم العرفية من قاض فرد، أما المحاكم الأخرى، وهي التي يطعن أمامها في أحكام الدنيا، وكذلك المحاكم التي تفصل في الدعاوي ذات الأهمية الخاصة فتشكل من عدة قضاة. والقاعدة أن يكون عددهم فرديا، ويغلب أن يكونوا ثلاثة كما هو الحال في المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف والجنايات، وقد يكونون خمسة كما هو الحال في محكمة النقض. واذا تعدد القضاة فانه يكفي لصحة الحكم أن يصدر بأغلبية الآراء، غير أن القانون يشترط الاجماع في أحوال خاصة، منها حالة الحكم بالاعدام، وكذلك الحالة التي يتجه فيها الرأي عند نظر الطعن الى تشديد العقوبة المحكوم بها أو الى الغاء حكم البراءة.

والعلة التي دعت المشرع الوضعي الى

تشكيل المحاكم من عدة قضاة هي حرصه الشديد على أن يكون الحكم أدنى ما يكون الى الصواب ، لأن اشتراك جمع من القضاة في تمحيص الدعوى والحكم فيها يجعل احتمالات الخطأ محدودة لما هو معروف من أن رأى الجماعة أسد من رأى الفرد. ولذات العلة اشترط المشرع اجماع القضاة في الأحوال الخطيرة والدقيقة سدا لمنافذ الخطأ وتجنبا لأضعف احتمالاته.

(د) ومن وسائل درء الخطأ كذلك **إتاحة الفرصة لكل خصم أن يبدي مالديه من دفاع**. فهذا الدفاع كفيل بتجلية الحقيقة أمام القاضي ، سواء في ذلك حقيقة الواقع أو حقيقة القانون.

(هـ) ومن هذه الوسائل أيضا **تخويل القاضي سلطة واسعة في تحقيق الدعوى**، فله أن يدعو للشهادة من يرى لزوما لسماع شهادته اظهارا للحقيقة ، وله أن يندب خبيرا أو أكثر لابداء الرأي في مسألة فنية ، وله أن ينتقل لاجراء معاينة ، وله بوجه عام أن يأمر بتقديم أي دليل يراه لازما لظهور الحقيقة.

(و) ولعل من أهم وسائل درء الخطأ **فرض الرقابة على عمل القضاة**. ولهذه الرقابة عدة صور، منها التفتيش القضائي عليهم ، ومنها تأديبهم اذا ما انحرفوا فأخلوا بواجبات وظيفتهم ، ومنها تقرير حق الطعن في أحكامهم ، ومنها كذلك مخاصمتهم اذا وقع منهم غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم. وتتسم الصور السابقة بأن الرقابة فيها داخلية ، أي يمارسها القضاء نفسه أو بعض أجهزته ، سواء كانت المبادرة ذاتية من جانبه أو من جانب الخصوم أنفسهم. على أن هناك نوعا آخر من الرقابة يصح وصفه بالرقابة الشعبية. وتتمثل هذه الرقابة في مبدأ العلنية وفي ضرورة تسبيب الأحكام. وكلا الامرين ضمانة فعالة لاستقامة القضاء. ولا شك في أن الرقابة على عمل القضاة في مختلف صورها تسهم الى حد كبير في حلهم على بذل أقصى الجهد لكي يندرىء الخطأ أو ينحصر في أضيق نطاق.

وسائل القانون الوضعي الى علاج الخطأ:

قدر القانون الوضعي أن الخطأ ممكن الوقوع رغم كل ما قدره من وسائل لتوقيه ، ورأى أن الاحتياط لدرء الخطأ يجب استكماله بتقرير الوسائل الكفيلة بتداركه أن وقع وعلاج آثاره اذا تعذر رفعه.

(أ) ومن هذه الوسائل **تصحيح الخطأ المادي**، فقد خول قانونا المرافعات والاجراءات للمحكمة التي أصدرت الحكم سلطة تصحيح ما تقع فيه من أخطاء مادية بحته ، كتابية أو حسابية ، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم.

(ب) غير أن أهم تلك الوسائل ما يقرره القانون للخصوم من **حق الطعن في الاحكام** لتصحيحها ، سواء بتعديلها أو بالغاء ما قضت به. وهذا الحق يؤدي وظيفة مزدوجة ، فهو بمجرده وبغض النظر عن ممارسته كفيل بحمل القضاة على مزيد من العناية فيما يفصلون فيه من دعاوي حذرا من أن تلغى أحكامهم أو تعدل عند الطعن فيها. فتقرير حق الطعن من هذا الوجه عاصم من الخطأ الى حد كبير، وتلك هي الوظيفة الواقية لهذا الحق. أما الوظيفة الأخرى فتبدو عندما يمارس صاحب الشأن حقه بالفعل وفي هذه الحالة يستهدف

الطعن تدارك ما شاب الحكم من خطأ وتصحيحه على نحو يجعله متفقا مع حقيقة الواقع ومطابقا للقانون، وهذه هي وظيفة العلاج أو التصحيح.

وطرق الطعن في الأحكام بوجه عام هي المعارضة والاستئناف والنقض والتماس اعادة النظر. وكل طريق من هذه الطرق تقرر لعلة هي تدارك وجه معين من وجوه الخطأ، سواء كان خطأ محققا أو محتملا. فأما المعارضة فطريق للطعن في الأحكام الغيابية، وهي التي تصدر ضد خصم لم يمثل في الدعوة بشخصه ولا بوكيل عنه، ولم يتح له من ثم أن يرد على خصمه بما يدفع دعواه. وأما الاستئناف فطريق للطعن يقصد به اعادة طرح النزاع برمته على القضاء، توسعة على الخصوم وتحريا لمزيد من التحقيق والتمحيص وتداركا لما فات من وجوه الدفاع أملا في بلوغ أقصى ما يمكن بلوغه من ادراك الحقيقة وامضاء العدالة. وهذا الطريق محل جدل شديد على الصعيد النظري، فمن الفقهاء من يغلو في نقده و يشتد في التحامل عليه، ومنهم من يتحمس للدفاع عنه والابقاء عليه. وأما النقض فطريق للطعن قصد المشرع الوضعي بتقريره تدارك ما يشوب الحكم من خطأ قانوني، سواء تمثل هذا الخطأ في مخالفة القانون أو في سوء تأويله أو تطبيقه. أما الخطأ في تحصيل الواقع أو في تقديره فلا يصح سببا للطعن بالنقض. وأما التماس اعادة النظر فطريق استثنائي قصد به تدارك الأخطاء الصارخة التي تتعلق بوقائع الدعوى والتي يمتنع الطعن في الحكم من أجلها بطريق آخر من طرق الطعن. ومن أمثلة هذه الأخطاء أن يحكم بادانة شخص في جريمة قتل ثم يظهر المدعي قتله بعد ذلك حيا، ومنها أن يحكم بأدانة شخص في واقعة ثم يحكم بادانة غيره بارتكاب عين الواقعة و يكون بين الحكمين تناقض يستنتج منه براءة أحدهما، ومنها أن يبني الحكم على شهادة شاهد يقضي عليه بعد ذلك بالعقوبة المقررة لشاهد الزور، ومنها أن يصدر الحكم بناء على غش من أحد الخصوم.

ويجري التشريع الوضعي بوجه عام على تقييد حق الطعن بقيد زمني. وقد أريد بهذا القيد تحقيق التوازن بين مصلحتين كلتاهما جدير بالرعاية، أما الأولى فهي تحقيق العدالة، وأما الأخرى فهي استقرار الحقوق والمراكز القانونية. فقد قدر المشرع من جهة أن فتح باب الطعن في الأحكام من شأنه تحقيق العدالة، وقدر من جهة أخرى أن اغلاق هذا الباب بعد فترة معلومة لازم لكي تستقر الحقوق وتتأكد جدية الأحكام، والا تأبدت الخصومات واستحال على القضاء أن ينهض بمهمته و يؤدي رسالته، ولهذا أثبت الحق في الطعن وأورد عليه ذلك القيد.

(جـ) وثمة وسيلة أخرى قدرها التشريع الوضعي في مجال خاص هو المجال الجنائي، فالدساتير الوضعية تنص عادة على **تخويل رئيس الدولة سلطة العفو عن العقوبة أو تخفيضها**. ومما قيل في تبرير هذه السلطة أنها وسيلة يمكن اللجوء اليها لتصحيح خطأ القضاء، وعلى وجه التحديد حين تنسد أبواب الطعن تماما و ينقطع كل رجاء في طرق باب القضاء.

(د) وأخيرا فهناك **طريق التعويض**، وهو طريق يسلكه المضرور في بعض الأحوال اذا نفذ الحكم عليه ثم استبان خطؤه وكان

تصحيحه بالنسبة الى المحكوم عليه غير مجد في ازالة مانا له من ضرر. وهذا تطبيق لقاعدة عامة تقضي بأن كل خطأ سبب للغير ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض. ولهذا يلتزم الشاهد والخبير بتعويض المحكوم عليه اذا ثبت التزوير في جانبهما، ويلتزم الخصم بتعويض خصمه اذا وقع منه غش لم يفطن له القاضي فحكم لصالحه، بل ان القاضي نفسه يلتزم بتعويض الخصم اذا وقع منه غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم.

ولكن التشريع الوضعي بوجه عام يقف بتعويض ضحايا القضاء عند حدود معينة لا يجاوزها فهو على سبيل المثال لا يعوض المتهم اذا قضت مصلحة التحقيق بحبسه احتياطيا ثم رئى بعد ذلك عدم تقديمه للمحاكمة أو قدم للمحاكمة – ثم قضى ببراءته، وهو كذلك لا يعوض المحكوم عليه اذا قضى بحبسه أو بسجنه ثم طعن في حكم الادانة بالنقض أو بالتماس اعادة النظر فقبل طعنه وقضى ببراءته، بل أنه لا يعوض ورثة المحكوم عليه اذا قضى باعدامه ونفذ الحكم فيه ثم طرأ من الأسباب ما دعا الى الطعن بالتماس اعادة النظر فقضى بأن المحكوم عليه كان بريئا وأنه أعدم بغير حق. ويقال دفاعا عن هذا المسلك التشريعي ان القضاء كان معذورا وانه لو تقرر الحق في التعويض في هذه الأحوال لألقى على كاهل الخزانه العامة عبء ثقيل يؤودها حمله، وربما تحرج القضاء بسبب ذلك من القضاء بالادانة رغم قيام موجبها حذرا من تكشف الخطأ مستقبلا واشفاقا من الزام الدولة بالتعويض فيما لو ألغي الحكم وقضى بالبراءة. وقيل أيضا ان الخطأ أمر لا يمكن تجنبه في بعض الأحوال، اذ هو من طبيعة القضاء ولوازمه، وان علينا جميعا تقبل هذا الخطأ وتحمله باعتباره ثمنا للأمن الذي ننعم به وللعدالة التي نتفيأ ظلالها. ومن التشريعات الوضعية مع ذلك طائفة ترى أن حرمان المضرور من التعويض تماما يجافي العدالة، ولذلك فانها تقرر له من باب المساعدة تعويضا مناسبا تراعى فيه ظروفه وأحواله.

تلك هي الملامح العامة للسياسة التي ينتهجها التشريع الوضعي في معالجة أخطاء القضاء، وهي سياسة تقوم على توقي الخطأ ابتداء وعلى تداركه حين يقع وعلى التعويض عنه في حدود معينة حين لا يجدي تصحيح الخطأ. والشريعة الاسلامية باعتبارها دينا سماويا أحرص بغير شك على امضاء العدل من التشريع الوضعي وأقل اصطباراً على خطأ القضاء. ولها في درء هذا الخطأ وتداركه وسائل، منها ما ورد به النص صراحة، ومنها ما استنبطه الفقهاء من نصوصها أو من قواعدها الكلية. وتتفق وسائل التشريع الوضعي في جملتها مع الوسائل الشرعية، وليس في ذلك غرابة، لأن صحيح المعقول لا يصادم صحيح المنقول. ولما كانت العدالة هي هدف القضاء في كل مجتمع، سواء كان مجتمع ملحدين أو أهل دين، فمن الطبيعي أن تتشابه الوسائل المؤدية اليها، ويبقى للدين بعد ذلك أو فضلا عن ذلك سماته الخاصة ووسائله المتميزة. ولهذا قلنا ان بين الوسائل الشرعية والوضعية تشابها، والتشابه غير التطابق.

وسوف نجري على الخطة السابقة في بيان الوسائل الشرعية، فنبدأ أولا بوسائل درء الخطأ ثم نتبعها بوسائل رفعه وكذلك التعويض عنه ان عز الرفع أو بات غير مجد (٥).

أولا: الوسائل الشرعية لدرء الخطأ:

تستوعب هذه الوسائل وسائل القانون الوضعي وتزيد عليها.

(أ) وتأتي على رأس الوسائل الشرعية **مخاطبة الوجدان الديني للقاضي**، وذلك بترغيبه في العدل وتحذيره من الجور بل وتنفيره أصلا من تولى القضاء تجنبا لمظنة الجور أو عدم الاصابة. قال تعالى: **ان الله يأمركم أن تؤدوا**

الأمانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل. وقال صلى الله عليه وسلم: المقسطون عند الله على منابر من نور يوم القيامة على يمين الرحمن عز وجل وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وماولوا. وقال ابن مسعود: لأن أجلس فأقضي بين الناس بحق أحب الى من عبادة سبعين سنة. وقد قضى صلى الله عليه وسلم وقضى من بعده الخلفاء الراشدون وكثير من صالحي الأمة. فكان القضاء بالعدل سنة فوق كونه ضرورة.

أما التحذير من الجور في القضاء فالأحاديث فيه كثيرة والعقاب فيها رهيب، فقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: الله مع القاضي مالم يجر، فاذا جار تبرأ الله عز وجل منه، وقال أيضا: ما من حاكم يحكم بين الناس الا يحشر يوم القيامة وملك آخذ بقفاه حتى يقفه على جهنم ثم يرفع رأسه الى الله تعالى، فان قال الله تعالى: **ألقه، ألقاه في مهوى أربعين خريفا.** وعن عطاء: اذا هلك الحكم عرض عليه في قبره كل قضية قضى بها، فان كان في شيء منها خلاف ضرب بمرزبة من حديد ضربة يسعل بها قبره.

والقضاء عند فقهاء الشريعة فرض كفاية لما فيه من مصالح العباد، لكن فيها خطرا فلا ينبغي أن يقدم عليه الا من وثق بنفسه وكان أهلا له. ولهذا دخل فيه قوم صالحون وامتنع عنه قوم صالحون، ويرى بعض الفقهاء أن ترك الدخول أمثل وأصلح في الدين وقد أشفق بعض الصالحين على أنفسهم من تولى القضاء لورعهم وخوفهم من عدم الاصابة، ولما صح لديهم من أحاديث تنفر من توليه، فقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين، وروى عنه أيضا: يأتي على القاضي يوم يود أن لم يقض بين أثنين في تمرة. ونهى صلى الله عليه وسلم عن طلب القضاء واشتد في نهيه فقال: ستطلبون الامارة وتكون حسرة وندامة يوم القيامة، فنعمت المرضعة وبئست الفاطمة، فمن طلب القضاء وأراده وحرص عليه وكل اليه وخيف عليه الهلاك، ومن لم يسأله وامتحن به وهو كاره له خائف على نفسه فيه أعانه الله عليه. وقال أيضا: من طلب القضاء واستعان عليه وكل اليه، ومن لم يطلبه ولا استعان عليه أنزل الله ملكا يسدده.

وصنف رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة فجعلهم ثلاثة، أثنان في النار وواحد في الجنة، فقاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، وقاض قضى بجهل فهو في النار، وقاض عرف الحق فجار فهو في النار. ثم هدأ من فزع القضاة فقال، اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، واذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر. والعلاقة بين الحديثين وثيقة، فالقاضي الذي يؤجر شرعا لا تثريب عليه سواء نال أجرين أو أجرا واحدا. أما الملوم بل المذموم فهو من يتصدى للقضاء **وهو لا يحسنه، وذلك هو الجاهل، وكذلك من يحسنه ولكن لا يعدل فيه، وذلك هو الجائر.**

وليس أفعل في نفس المؤمن من هز وجدانه الديني، **فهو أعظم صارف له من اتباع الهوى وأكبر دافع له على استفراغ الجهد في تحري** وجه الحق، ومن ثم فهو كفيل بحصر الخطأ القضائي في أضيق نطاق. ويلاحظ أن هذه الوسيلة لا مقابل لها في التشريع الوضعي، فالقضاء فيه مهما يكن شرفه فهو مهنة يوكل صاحبها الى القوانين التي تنظمها والتقاليد التي تحكمها، أما في الاسلام فالقضاء قربة وعبادة، وهو كذلك حقيقة لا مجازا، ولهذا لا يعطي القاضي على القضاء أجرا بل يمنح رزقا، شأن الخليفة والجند المجاهدين. والفرق بين الأجر والرزق دقيق ولكنه عميق، فالأجر انما يكون على قدر العمل، وهو يستحق شرعا الا أن يكون العمل تبرعا وتطوعا، أما الرزق فبحسب الحاجة وعلى قدرها. فاذا انقطع القاضي لعمل المسلمين ولم يكن موسرا لزمتهم مئونته ومئونة من يعول، أما ان كان لديه ما

يغنيه فخير له أن يحتسب (٦). ولا مرية في أن القاضي المحتسب أقل عرضة للخطأ من القاضي المستأجر، لأن الأول يتعبد بمطلق القضاء بل بالقضاء الصائب.

(ب) ومن الوسائل الدارئة للخطأ كذلك **الاحتياط الشديد في اختيار القضاه.** فقد اشترط الفقهاء فيمن يلي القضاء شروطا لا مقابل لأغلبها في التشريع الوضعي. ومن هذه الشروط ما هو شرط صحة، ومنها ما هو شرط كمال واستحباب. ويعنينا من تلك الشروط – فيما نحن بصدده – ثلاثة، هي العدالة والعلم والفطنة باعتبارها عاصمة من الخطأ الى حد كبير.

١ – اشترط الفقهاء **أن يكون القاضي عدلا.** ولهم في تعريف العدالة أقوال تتقارب في المعنى. يقول الماوردي: العدل من يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفا عن المحارم متوقيا للمآثم بعيدا من الريب مأمونا في الرضا والغضب مستعملا لمرؤة مثله في دينه ودنياه (٧).

٢ – واشترط فيه كذلك **أن يكون عالما،** وأرادوا بذلك العلم بالأحكام الشرعية. وهذا العلم – كما يقرر الماوردي – يشتمل على علم أصولها والارتياض بفروعها. وأصول الأحكام في الشرع أربعة: أحداها علمه بكتاب الله عز وجل على الوجه الذي تصح به معرفة ما تضمنه من الأحكام ناسخا ومنسوخا، ومحكما ومتشابها، وعموما وخصوصا، ومجملا ومفسرا.

والثاني علمه بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابتة من أقواله وأفعاله وطرق مجيئها في التواتر والآحاد، والصحة والفساد، وما كان على سبب أو اطلاق. والثالث علمه بتأويل السلف فيما اجتمعوا عليه واختلفوا فيه ليتبع الاجماع ويجتهد برأيه في الاختلاف. والرابع علمه بالقياس الموجب لرد الفروع المسكوت عنها الى الأصول المنطوق بها والمجمع عليها حتى يجد طريقا الى العلم بأحكام النوازل وتمييز الحق من الباطل (٨).

٣ – ويشترط في القاضي **كذلك أن يكون فطنا.** ويحكي أن اياسا لما ولي القضاء بالبصرة طار صيته في الآفاق حتى جاءه الناس يطلبون منه أن يعلمهم القضاء فكان يجيبهم: ان القضاء لا يعلم، انما القضاء فهم، ولكن قولوا: علمنا العلم. (٩) وهذا الشرط بالغ الاهمية، فليس القضاء مجرد بيان للحكم الشرعي، وانما هو حكم شرعي مطبق على واقعة حال، فاذا قصر ذكاء القاضي عن فهم الواقعة او النازلة فلا جدوى من احاطته بالحكم الشرعي، لأنه ينزله عندئذ غير منزله ويضعه في غير موضعه. وهذا ما عناه عمر بن الخطاب حين كتب الى أبي موسى الأشعري في كتابه المشهور: الفهم الفهم فيما أدلى اليك. ويقول ابن القيم في بيان ذلك: ان القاضي اذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده، وفي القرائن الحالية والمقالية كفقهه في جزئيات وكليات الاحكام أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه اعتمادا على نوع ظاهر لم يلتفت الى باطنه وقرائن أحواله. (١٠) ويقول أيضا ان القاضي لا يتمكن من الحكم بالحق الا بنوعين من الفهم، أحدهما فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما، والنوع الثاني فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر، فيعطي الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع. (١١) وهذا القول غاية في العمق والدقة، ذلك اننا اذا استبعدنا تواطؤ القاضي فإن حكمه انما يغمز من احدى جهتين: جهله بحقيقة الواقع، أو بالحكم الواجب في هذا الواقع.

وبين القرافي في فروقه السند الشرعي لشرط الفطنة بقوله: يجب ان يقوم في القضاء

من هو أعرف بالأحكام الشرعية وأشد تفطنا لحجج الخصوم وخدعهم، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام: أقضاكم علي، أي أشد تفطنا لحجج الخصوم وخدع المتحاكمين، وبه يظهر الجمع بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام: أعلمكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل. واذا كان معاذ أعرف بالحلال والحرام، كان أقضى الناس، غير ان القضاء لما كان يرجع الى معرفة الحجج والتفطن لها كان أمرا زائدا الى معرفة الحلال والحرام، فقد يكون الانسان شديد المعرفة بالحلال والحرام وهو يخدع بأيسر الشبهات، فالقضاء عبارة عن هذا التفطن. (١٢)

والشروط المتقدمة كفيلة بالحد من خطأ القضاء الى أقصى مدى، فأما العدالة فمانعة من الجور، وأما العلم فمانع من الخطأ في الحكم الشرعي، وأما الفطنة فمانعة من الخطأ في مسائل الواقع. والحق أن هذه الشروط لازمة في القضاء بعامة، سواء كان قضاء شرعياً أو غير شرعي.

واذا كان التشريع الوضعي لا ينص على بعض هذه الشروط فذلك لا يعني عدم لزومها، لأن القضاء فن فهم الواقع والعلم بالحكم الواجب فيه، فكان العلم والفطنة ونقاء الضمير من لوازمه وانما ينحصر الفرق بين القانون الوضعي والفقه الشرعي في ان الاول يعتبر كل من يحوز المؤهل القانوني المطلوب فطنا بحكم اللزوم وعدلا أيضا بشيء من الكشف والاستقصاء، اما الفقه الشرعي فيطلب كل شرط على حدته، مع اختلاف الفقهاء في طبيعة كل شرط وهل هو للصحة او للكمال والاستحباب.

ويحسن التنبيه في هذا الصدد الى أنه لا ينبغي الخلط بين صورة القضاء الشرعي وصورته الواقعية في بعض مراحل التاريخ. فنحن لا ننكر ان كتب التاريخ وتراجم القضاة رسمت للقضاء في بعض العهود صورة لا تخلو من قتامة، الا أن ذلك لا يصلح حجة على فساد النظام القضائي أو قصوره في الشريعة الاسلامية. فالقضاء في تلك العهود لم يكن اسلاميا بمعنى الكلمة، لأن بعض من ولوه لم تكتمل فيهم شروطه. ولم يقتصر الخلل في تلك العهود على القضاء وحده، بل شمل الولايات كلها، وعلى رأسها الخلافة نفسها. والدليل الواضح على سلامة التنظيم الشرعي للقضاء هو تلك الصورة المشرقة التي تطالعنا في كتب التاريخ ومدونات الفقه وتراجم القضاة في صدر الاسلام. فهذه الفترة من التاريخ الاسلامي هي وحدها التي يصح الاستشهاد بها، أما ما عداها فلا يحتج بها الا بقدر ما يكون فيها من التزام بأحكام الشريعة الاسلامية. وهذه الظاهرة ليست وقفا على الشريعة وحدها، بل هي عامة على كل الشرائع والنظم، فالعبرة اذن ليست بالأسماء بل بالمسميات. وليس من الانصاف ان نصدر حكما على نظام من النظم صحة وفسادا من خلال سوء الممارسة والتطبيق في بعض العهود.

(جـ) ومن وسائل درء الخطأ أيضا الزام القضاه بمشاورة العلماء. فقد استحب الفقهاء للقاضي ألا يقضي الا في حضرة أهل العلم وبمشورتهم، فذلك أدعى الى احسان الحكم واصابة وجه الحق. غير أنهم مع ذلك أشفقوا على بعض القضاة مما قد يعروهم من حصر أو اضطراب في حضرة بعض العلماء، فأجازوا — بل استحبوا — لمن يستحوذ عليه هذا الشعور ألا يدعو العلماء الى مجلسه حتى لا يشغله وجودهم عن متابعة الدعوى ويصرفه عن تفهمها. جاء في معين الحكام وفي تبصرة الحكام: قالوا لا يقضي القاضي الا بحضرة أهل العلم ومشورتهم، وقال البعض إلا أن يخاف المضرة في جلوسهم وينشغل قلبه بهم وبالحذر منهم حتى يكون ذلك نقصانا في فهمه، فأحب الي ألا يجلسوا اليه. وقال بعض الفضلاء: لا ينبغي للقاضي أن يكون معه في مجلسه من يشغله عن النظر، كانوا أهل فقه أو غيرهم، ولكن اذا ارتفع عن مجلس القضاء شاور (١٣) ويتضح من ذلك أن الفقهاء يحلون القاضي من

دعوة أهل العلم تخفيفا عنه ورفعا للحرج، لكنهم لا يرون مسوغا لاحلاله من الرجوع اليهم واستشارتهم فيما يعرض له أو يطرح عليه، فالمشاورة آكد من الحضور.

واستحباب المشورة لا يخص فئة بعينها من القضاة دون غيرها، بل هو عام بالنسبة للقضاة جميعا ولو كانوا من ذوي الرأي أو من طبقة المجتهدين.

ويلاحظ أن القانون الوضعي لا يعرض لهذا الموضوع صراحة ولا ايماء، فهو يأمر القضاة بالاستشارة ولا ينهاهم عنها، بل هو لا يحسنها ولا يقبحها. وقلما يعمد القضاة في واقع أمرهم الى استشارة غيرهم، واذا فعلوا فللضرورة ومع خاصتهم، ثم انهم يتكتمون الامر ظنا منهم أن استشارة الغير نقيصة تحط من قدرهم وتقدح في كفاءتهم. أما في الفقه الشرعي فإن من شروط الكمال أن يكون القاضي مستشيرا، ومما يعاب عليه ان يكون مستبدا برأيه. وكان الخلفاء يحرصون عند تولية القضاة على دعوتهم لاستشارة العلماء. كتب عمر بن عبدالعزيز الى عدي بن أرطأة: أما بعد، فإن رأس القضاء اتباع ما في كتاب الله، ثم القضاء بسنة رسول الله، ثم حكم الأئمة الهداة، ثم استشارة ذوي الرأي والعلم، فإن السائل عما لا يعلم أحد العالمين.

وهذا الشرط ليس غريبا على الشريعة الاسلامية، بل هو يتفق تماما مع روحها العامة ومبادئها الكلية. والأصل فيه قوله تعالى في مدح المؤمنين: **وأمرهم شورى بينهم**، وقوله مخاطبا نبيه الكريم: **وشاورهم في الامر**. واذا كان الرسول قد أمر بالمشاورة وهو أفقه الناس وأفطنهم فغيره بطلب المشورة أحرى. يقول الحسن البصري: أمر صلى الله عليه وسلم بالمشاورة وإن كان عنها لغنيا، لكن المراد أن تصير المشاورة سنة للحكام من بعده.(١٤) وكان الصحابة يستشيرون حين يقضون ولا يجدون في ذلك حرجا فقد سئل أبو بكر عن ميراث الجدة أم الأم فأخبر أن النبي عليه السلام أعطاها السدس، وشاور عمر في الجدة أم الاب ثم فرض لها السدس، وشاور في دية الجنين فأخبر أن النبي قضي فيه بغرة عبد أو أمة. وكان عثمان بن عفان اذا جلس أحضر أربعة من الصحابة ثم استشارهم. ويقول الماوردي تأصيلا لاستحباب المشورة: ان القاضي قد يخفى عليه من أحكام الحوادث والنوازل ما يكون علمه عند غيره، فلم يجز له أن يمضي حكمه على التباس واحتمال. كذلك فإن القاضي مجتهد، وعلى المجتهد التقصي في اجتهاده، ومن التقصي أن يكشف بالسؤال ويناظر في طلب الصواب.(١٥)

ويلفت النظر ان القانون الوضعي يجيز للمحكمة ــ سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ــ أن تعين خبيرا أو أكثر في الدعوى ليمد القاضي بالرأي الغني فيما يستغلق أو يلتبس عليه من وقائعها، ولكنه مع ذلك يمسك عن دعوته الى طلب المشورة في المسائل القانونية. وربما كانت العلة في ذلك أن نصوص القانون اليوم في متناول يد القاضي وأن آراء الفقهاء والسوابق القضائية مدونة كلها يسهل الرجوع اليها، فلا تعن الحاجة لسؤال أو استشارة.

وقد يكون هذا صحيحا في غالب الاحوال، غير ان التجارب دلت على ان القضاة يواجهون في بعض الاحيان مشاكل جديدة وتشريعات مستحدثة وقد لا تسعفهم النصوص القانونية ولا يغنيهم ذلك عن طلب المشورة. واذا كان صحيحا ان القانون الوضعي لا يحظر صراحة على القاضي استشارة غيره، الا ان المستقر في أذهان القضاة كما أسلفنا أن طلب المشورة لا يستقيم مع روح القانون وانه اقرار ضمني بالعجز، ومن ثم فهي نقيصة يتعين على القاضي التنزه عنها.

ولما كانت المشورة في الفقه الشرعي شرط كمال فالمتفق عليه أن اغفالها لا يقدح في حكم القاضي، بل ينفذ حكمه رغم ذلك ما لم يخالف فيه نصا أو قاعدة كلية أو اجماعا أو قياسا جليا، وان كان ذلك منه مكروها. واذا

شاور القاضي فاختلفت أقوال المستشارين نظر الى أقرب الاقوال الى الحق فأمضاه، ولا اعتبار عندئذ بالسن ولا بكثرة العدد، لأن الأصغر والواحد — كما يقولون — قد يوفق للصواب في حادثة ما لا يوفق الاكبر والجماعة.(١٦)

واذا اجتمع المستشارون على رأي ورأى القاضي خلافه عمل برأي نفسه، لأن الصواب عنده، فلا يدع رأيه برأي غيره. ولا خلاف بين المذاهب الفقهية في ذلك، لأن القاضي إذ يستشير لا يتخلى لغيره عن الفصل في الدعوى، بل يستأنس برأيهم ثم يجتهد كاجتهادهم وينظر فيما استدل به كل منهم ويناظرهم ويناظرونه، لا نصرة لقوله بل طلبا للحق، فإذا صح له الصواب بعد الكشف والنظر عمل عليه وحكم به(١٧)، سواء وافق رأيهم أو خالفه.

ويحرص الفقهاء على تحرير القاضي من الخوف والتردد عند الفصل في الدعوى، وعلى حثه على الحكم فيها تبعا لما يؤدي اليه اجتهاده بعد المشاورة. ويبدو ذلك بوضوح تام فيما قرره الكاساني: فإذا ظهر له الحق باجتهاده قضى بما يؤدي اليه اجتهاده، ولا يكونن خائفا في اجتهاده بعد ما بذل مجهوده لاصابة الحق، فلا يقولن اني أرى واني أخاف، لأن الخوف والشك والظن يمنع من اصابة الحق ويمنع من الاجتهاد، فينبغي ان يكون جريئا جسورا على الاجتهاد بعد أن لم يقصر في طلب الحق(١٨).

وهكذا أتاح الفقه الشرعي للقاضي — بندبه للمشاورة — فرصة واسعة لتجنب الخطأ واصابة الحق اذا أشكل عليه حكم الواقعة أو النازلة، لأن من شاور الرجال شاركها في عقولها، ولكن الفقه الشرعي حرص في الوقت ذاته على أن يكفل للقاضي حرية الفصل في الدعوى حسبما يؤدي اليه اجتهاده، فجعل المشاورة رأيا يهتدي به ولم يجعلها قيدا يحد من حركته وحريته.

والحديث عن استشارة العلماء يجر الى الحديث عن تعدد القضاة، فهل أراد فقهاء الشريعة ان تكون الاستشارة بديلا من التعدد، وهل يعني ذلك أن أصول الشريعة تأبى اجتماع أكثر من قاض على الفصل في دعوى واحدة في وقت واحد.

يبدو من استقراء المذاهب الفقهية أن الفقهاء لا يجيزون اجتماع أكثر من قاض على نظر الدعوى، فقد ذكر ابن رشد في بداية المجتهد أن من شروط القضاء أن يكون القاضي واحدا،(١٩) وقرر الغزالي أنه لو نصب الامام قاضيين كل واحد يختص بطرف جاز، وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز (٢٠) وعلل بعض الفقهاء حظر التعدد بأن الحاكم لا يكون نصف حاكم(٢١)، وعلله آخرون بأن التعدد يؤدي الى الخلاف في تمحل الاجتهاد (٢٢)، وجرت سنة الخلفاء والولاة بوجه عام على عدم التشريك بين القضاة، فلم تجر العادة بتشكيل المحكمة من أكثر من قاض، بل كان القاضي يعمل منفردا ويستقل وحده بالفصل فيما يختص بنظره من دعاوى. غير أن العمل لم يطرد على ذلك باطلاق، فقد ثبت أن الولاة شكلوا في بعض الفترات محاكم من عدة قضاة. من ذلك ما فعله سليمان بن علي عامل الخليفة المنصور على البصرة، فقد ولي علي القضاء اثنين هما عمر بن عامر السلمي وسوار بن عبدالله، فكانا يجتمعان معا في المجلس وينظران جميعا بين الناس. ومن ذلك أيضا أن بعض الخصومات الهامة كانت تنظر — في القرن السابع الهجري — في كل من القاهرة ودمشق أمام أربعة قضاة يمثلون المذاهب المختلفة، فكان القضاة يجتمعون بأمر نائب السلطان وينظرون في تلك الخصومات ويحكمون فيها بأجمعهم (٢٣).

وعلى الرغم من ذيوع القول بوجوب أن يكون القاضي واحدا فان القائلين به لم يستندوا الى نص يقرره في الكتاب أو السنة، وانما هو محض اجتهاد، ثم انه اجتهاد يعتمد المنطق المجرد أكثر مما يعتمد الأصول الشرعية. فقد وجه بعض الفقهاء هذا الرأي بأن الحاكم لا يكون نصف حاكم، والمعنى — في رأيهم — أنه اذا اجتمع اثنان وشرطنا اتفاقهما على الحكم فان كلا منهما لا يكون قاضيا بمفرده، بل يكون كذلك بغيره، فكأنه بدون الآخر نصف لا واحد. وهذا القول بفرض صحته ليس بشيء، لأن تكامل القاضي أو تجزأه ليس أمرا جوهريا، وانما الجوهري أن يأتي الحكم موافقا للشرع، سواء صدر من حاكم واحد في ذاته أو من حاكم صار واحداً باجتماع أبعاضه وأجزائه. والتعليل في رأينا منقوض لأن فيه مصادرة ، فهو يفترض أن الحكم لا يكون واحدا الا اذا صدر من قاض واحد، وهذا محل النزاع. أما التعليل الآخر فمعقول، وهو الخوف من أن يؤدي اختلاف القضاة عند تعددهم الى امتناع الفصل في الدعوى والى تأبيد الخصومات. غير أن تفادي هذا الخطر ميسور بجعل عدد القضاة فرديا وباشتراط أغلبية خاصة عند اختلاف الآراء. (٢٤)

وحقيقة الأمر فيما نرى أن وحدة القاضي أو تعدده هو من السياسة لا من الشرع، وأن ما ينبغي تحريه وصرف الجهد اليه هو ضمان سداد الحكم، فان رأي أن السداد يتحقق على يد قاض واحد صح الاكتفاء به، وان رأى أن تعدد القضاة أدعى الى اصابة الحق لزم تعددهم. ولا يقال ان العمل جرى في عصر النبي والخلفاء الراشدين من بعده ثم فيما تلا ذلك من عصور على حصر القضاء في واحد فيكون اجماعا، فهذا الاجماع — على فرض حصوله وهو غير مسلم — مستنده المصلحة المرسلة، فهو يدور عليها ولا ينفك عنها، فحيثما بقيت المصلحة قائمة ظل الاجماع حجة، واذا فاتت وجب اطراحه والاستعاضة عنه بما يحققها. وآية ذلك أن العمل — كمارأينا — لم يلتزم الرأي الفقهي باطلاق، بل خرج عليه في بعض العصور من غير انكار.

بل ان الفقهاء انفسهم لم يرفضوا فكرة التعدد في كل حال، فقد ذكر صاحب مغنى المحتاج أن الامام أن شرط اجتماع القاضيين على الحكم فلا يجوز لما يقع بينهما من الخلاف، ثم أضاف: وقضية هذا التعليل أنه لو ولى مقلدين لامام واحد — وقلنا تجوز ولاية المقلد — أنه يجوز وان شرط اجتماعهما على الحكم، لأنه لا يؤدي الى اختلاف لأن امامهما واحد (٢٥).

وحاصل هذا القول أن التعدد غير مرفوض لذاته، بل لما يؤدي اليه من اختلاف ، فاذا ارتفع الخلاف لم يكن للمنع مساغ. كذلك فان الفقهاء يقيدون الحظر من جهة أخرى، فهم يقصرونه على القضاة دون المحكمين، ويعللون ذلك بسابقة التحكيم بين علي ومعاوية فقد اختارا حكمين لا واحدا. (٢٦) وكأن الفقهاء يريدون بذلك القول بأن تنصيب حكمين جاء على خلاف الأصل وهو أن يكون الحكم واحدا. ووجه الضعف في هذا الرأي أن الأصل المدعى يفتقر الى دليل. هذا الى أن المحكم والقاضي كلاهما يفصل في خصومة طبقا لأحكام الشريعة ، فاذا جاز أن يتعدد المحكمون وجب أن يكون تعدد القضاة جائزا

بدوره لانتفاء علة المغايرة بين الحالين.

ويذهب المحدثون من فقهاء الشريعة الى اجازة التعدد، لأن القاضي نائب السلطان، وهو نوع من الوكالة، وللموكل أن يوكل عنه اكثر من واحد مجتمعين دون أن يأذن لأحدهم بالانفراد، فكذا في القضاء يصح انابة ثلاثة قضاة مثلا أو خمسة ليشتركوا مجتمعين في نظر بعض الدعاوى التي يجعل لهم ولي الأمر حق النظر فيها. وعندئذ لا يصح لواحد منهم أن ينفرد باستماع احدى الدعاوى او الفصل فيها. واذا فعل أحدهم شيئا من ذلك فلا اعتبار لما فعل، لأن مجموعهم في هذه الحالة انما هو عبارة عن الفرد الواحد، اذ عقد الانابة يفيد أن كل واحد منهم يعتبر معزولا عن القضاء بمفرده لأنه لم ينصب لذلك مستقلا، بل مشتركا مع الآخرين، وهذا مما يمكن فيه الاشتراك (٢٧).

ويمكن أن نضيف الى ما احتج به هذا الرأي حجتين أخريين :

الأولى : أن الأصل في الأشياء الاباحة، وما دام التعدد غير محظور بنص فهو يجري على حكم الأصل.

والثانية : أنه اذا ما رأى ولي الأمر رفع الخلاف فيما يحتمل الخلاف فأوجب على القضاة أن يحكموا برأي فقهي معين فان أمره يلزمهم، وعندئذ يمتنع عليهم الاجتهاد فلا يخشى الاختلاف، وهو علة المنع عند المانعين. ولهذا فقد ارتضى فقهاء الشريعة في العصر الحديث فكرة التعدد في قضاة المحاكم الشرعية قبل أن تلغى هذه المحاكم في مصر في سنة ١٩٥٥.

ونخلص من كل ما سبق الى أنه وان كان الفقه الشرعي التقليدي لا يقر بوجه عام مبدأ تشكيل المحكمة من عدة قضاة، وكان العمل بدوره لم يطرد على تشكيل المحكمة على هذا النحو، الا ان الاصول الشرعية لا تأبى ذلك، بل ان صدر الشريعة يتسع لهذه الوسيلة باعتبارها من الضمانات التي تسهم في الحد من أخطاء القضاء. وربما لم تكن الحاجة ملحة للأخذ بمبدأ التعدد نظرا لندب القضاة الى استشارة العلماء، لكن عدم الحاجة لا يقتضي الحظر، ولذلك فانه لا يصح اعتبار الاستشارة بديلا من **الندب** ، بل ان الجمع بينهما ممكن شرعا لعدم التنافي.

(ء) ومن الوسائل الشرعية لدرء الخطأ **منع القاضي من نظر طائفة من الدعاوى** يخشى أن يغلبه الهوى عند الفصل فيها فيتخلى عن الحياد الواجب ويتنكب جادة الحق، وتلك هي الدعاوى التي تكون له مصلحة في أن يصدر الحكم فيها لأحد الخصوم أو عليه.

وجمهور الفقهاء على أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له، ولا يجوز له أيضا أن يحكم على من لا تقبل شهادته عليه كعدوه، وذلك لأن مبنى القضاء عندهم على الشهادة، فالتهمة القادحة في الشهادة تقدح في القضاء سواء بسواء. وسندهم في المنع من الشهادة أحاديث وروايات صحت كلها أو بعضها لديهم فرتبوا المنع عليها. ومنها قوله صلى الله عليه وسلم : لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ظنين في ولاء أو قرابة ولا مجلود في حد، ومنها ما أثر عن عمر بن الخطاب في كتابه الى أبي موسى الأشعري : المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد أو

مجريا عليه شهادة زور او ظنينا في ولاء أو في قرابة، ومنها ما روي عن شريح : لا تجوز شهادة الخصم ولا الشريك ولا الأجير لمن استأجره.

وعلى الرغم من اتفاق الجمهور على أصل المنع وعلته الا أنهم مختلفون في تحديد من يقوم به سبب المنع، وعلى الأخص حين يدور المنع على القرابة، فقد روى عن شريح وابراهيم النخعي أنه لا تقبل شهادة الأب لابنه ولا الابن لأبيه ولا أحد الزوجين للآخر.

وروى ذلك عن الحسن والشعبي في أحد قوليهما عن الأب والابن، وفي القول الآخر يقبل الولد لأبيه ولا يقبل الأب لولده، ويقبل الزوج لامرأته ولا تقبل هي له، وهو قول ابن أبي ليلى وسفيان الثوري. ولم يجز الأوزاعي والثوري وأحمد بن حنبل وأبو عبيدة شهادة الأب لابنه ولا الابن لأبيه، وأجازوا شهادة الجد والجدة لأولاد بنيهما وشهادة أولاد البنين لهما. ولم يجز أبو حنيفة والشافعي شهادة أحد من هؤلاء، الا أن الشافعي أجاز شهادة كل واحد من الزوجين للآخر. وروى أن عمر بن الخطاب جوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخيه (٢٨).

وكره المالكية وبعض فقهاء الحنابلة والشافعية أن يفتى القاضي في خصومه أو فيما يمكن أن يختصم فيه لديه، كالبيع والشفعة والجنايات، أما العبادات فلم يكرهوا له الافتاء فيها. وعلة الكراهية عندهم أن الأمر قد يعرض على القاضي وقد يتغير رأيه وقت نظر الدعوى فيهديه اجتهاده الى غير ما أفتى به أو تظهر له في مجلس القضاء قرائن حال لم تكن معلومة وقت الافتاء، فان أصر على فتياه وحكم بموجبها حكم بخلاف ما يعتقد صحته، وان حكم بخلافها تطرق الشك الى نفس الخصم وانفتح باب الكلام في القاضي، بل انه ان حكم صوابا بما يوافق فتواه فربما قيل انه حكم لتأييدها (٢٩).

ولنا على أقوال الفقهاء في هذه الوسيلة ملاحظات :

الأولى : أن المنع في الأحوال السابقة ليس منعا من نظر الدعوى بل من القضاء فيها على وجه معين، ولهذا قال الفقهاء : ليس للقاضي أن يحكم لنفسه ولا لأحد من والديه أو أولاده لكن يجوز له أن يحكم على نفسه وعليهم لانتفاء التهمة، وليس له أن يحكم على عدوه لكن له أن يحكم له لذات العلة. ومقتضى ذلك أن الترافع الى القاضي في الأحوال السابقة غير ممتنع، وأن تحقيق الدعوى من جانبه جائز فاذا تهيأ القاضي للحكم برز المانع أو انعدم تبعا لما يكون عليه القضاء. ولهذا رتبت الفقهاء على المخالفة عدم النفاذ فقالوا : ان حكم لمن لا يجوز ان يحكم له او حكم على من لا يجوز له الحكم عليه لم ينفذ حكمه. ويختلف هذا التنظيم عما هو مقرر في القانون الوضعي، فالقاعدة فيه انه اذا قام بالقاضي سبب من أسباب عدم الصلاحية امتنع عليه نظر الدعوى أصلا، وكل عمل يباشره أو قضاء يصدره بالمخالفة لهذا الحظر يكون باطلا ولو تم باتفاق الخصوم، وذلك لتعلق الحظر بالنظام العام. ومن الواضح أن القانون الوضعي آثر سد الذرائع فمنع القاضي من نظر الدعوى ابتداء.

والثانية : أن فقهاء الشريعة لم يستندوا في الحد من سلطة القاضي في نظر الدعوى أو بالأدق في الفصل فيها إلى نص صريح في

الكتاب أو السنة، ولكنهم اجتهدوا فقاسوا القضاء على الشهادة بجامع أن كليهما مظهر للحق وملزم شرعا (٣٠)، فمن ردت شهادته بسبب التهمة في موضع وجب أن يرد قضاؤه لذات السبب في هذا الموضع. ولما كان فقهاء الشريعة مختلفين أصلا فيمن تقبل ومن لا تقبل شهادته فقد اختلفوا فيمن يصح ومن لا يصح للقاضي أن يقضي له أو عليه. ومن الفقهاء من توسع في الحد من سلطة القاضي ومنهم من توسط ومنهم من أطلق سلطته فأجاز له نظر كل دعوى والفصل فيها ولو كان بينه وبين أحد الخصوم مودة أو قرابة أو عداوة، وهذا قول أهل الظاهر، فهم يكتفون بشرط العدالة في كل من الشاهد والقاضي ولا يبالون بعد ذلك بالتهمة الا اذا كان من شأنها اخراج احدهما — لعلة تخصه — الى ما لا يحل فتكون جرحة تنخرم بها عدالته فلا تقبل شهادته ولا قضاؤه، وعندئذ يكون مبني المنع تخلف العدالة لا مظنة التهمة. يقول ابن حزم : كل عدل فهو مقبول لكل أحد أو عليه، كالأب والأم لابنيهما ولأبيهما، والابن والابنة للأبوين، والأجداد والجدات والجد والجدة لبني بنيهما، والزوج لامرأته والمرأة لزوجها، وكذلك سائر الأقارب بعضهم لبعض كالأباعد ولا فرق وكذلك الصديق الملاطف لصديقه، والأجير لمستأجره، والمكفول لكافله، والمستأجر لأجيره، والكافل لمكفوله، والوصي ليتيمه (٣١). وفي جواز شهادة العدو على عدوه يستدل ابن حزم بقوله تعالى : **«ولا يجرمنّكم شنآن قوم على ألاّ تعدلوا، اعْدلوا هو أقرب للتقوى»** (٣٢)، ويقول : ان هذا أمر بالعدل على أعدائنا، فصح أن من حكم بالعدل على عدوه أو صديقه أو لهما، أو شهد وهو عدل على عدوه أو صديقه أو لهما فشهادته مقبولة وحكمه نافذ (٣٣).

وعلى الرغم من أن جمهور الفقهاء يديرون المنع من الحكم للخصم أو عليه في أحوال معينة على المنع من الشهادة الا أنه يبين من أقوال بعضهم أن التلازم بين الأمرين ينفك أحيانا. يقول الماوردي : يجوز للقاضي أن يحكم على والديه ومولوديه، وفي جواز حكمه لهم ثلاثة أوجه : احدها لا يجوز حكمه لهم كما لا تجوز شهادته لهم، والوجه الثاني يجوز أن يحكم لهم وان لم يجز أن يشهد لهم، لأن طريق الحكم ظاهر وطريق الشهادة باطن، فتوجهت اليه التهمة في الشهادة ولم تتوجه اليه في الحكم، والوجه الثالث أنه يجوز أن يحكم لهم بالاقرار — أي اقرار الخصم — ولا يجوز أن يحكم لهم بالبينة، لأنه قد يتهم بأن يعدل فيها من ليس بعدل ولا يتهم بالاقرار (٣٤). وفي هذا تسليم بامكان القضاء لمن لا تجوز الشهادة له . وبالنسبة الى العدد يقول الماوردي : ويجوز أن يحكم لعدوه وعلى عدوه وجها واحدا وان لم يجز أن يشهد عليه بخلاف الوالدين والمولودين لوقوع الفرق بينهما من وجهين : أحدهما أن أسباب العداوة طارئة تزول بعد وجودها وتحدث بعد عدمها، وأسباب الأنساب لازمة لا تحول ولا تزول فغلظت هذه وخففت تلك، والثاني أن الأنساب محصورة متعينة، والعداوة منتشرة مستبهمة يفضي ترك الحكم فيها الى امتناع كل مطلوب — أي خصم — بما يدعيه من العداوة (٣٥). وعندنا أن علة التفرقة بوجهيها ان صلحت لتبرير القضاء على العدو فانها لا تصلح لتبرير التفرقة بين القضاء والشهادة، بل انها تصلح بنفس الدرجة لتبرير الشهادة على العدو. وحسبنا على أي حال مما

تقدم أنه يصح في الشرع القضاء على من تجوز الشهادة عليه.

وعندنا أن جمهور الفقهاء ضيقوا على انفسهم بغير داع حين ربطوا المنع من القضاء بالمنع من الشهادة. فقد اضطر بعضهم — كما رأينا — الى الخروج على هذه القاعدة احساسا منهم بأن التلازم بين الأمرين غير حاتم. ولو أنهم تحرروا من هذه الفكرة لوسعهم أن يعالجوا الأمر في ضوء القواعد الكلية بما يحقق المقاصد الشرعية، وكان لهم في قاعدة سد الذرائع مندوحة تفي بالغرض كما سنرى.

والثالثة : أن حالات المنع من القضاء في الفقه الشرعي أقل عددا من نظيرتها في القانون الوضعي. فأكثر فقهاء الشريعة توسعا يحصرون المنع في الحالات التي تكون علاقة القاضي بأحد الخصوم فيها علاقة بنوة أو أبوة أو زوجية أو مشاركة أو علاقة عمل أو وكالة أو عداوة. أما سبق الفتوى في موضوع الدعوى فليس مانعا من القضاء فيها، لأن الحظر — أو بالأدق الكراهية — انما يرد على الافتاء لا على القضاء. فالفقهاء يكرهون للقاضي أن يفتي، لكنهم لا يمنعونه اذا أفتى من أن يقضي. أما القانون الوضعي فيقسم الموانع قسمين : قسم يجعل القاضي غير صالح أصلا لنظر الدعوى ولو ارتضاه الخصوم أنفسهم، وقسم لا ينفي صلاحيته ولكنه يجيز للخصوم رده. وقد اعتبر القانون كل الموانع الشرعية ثم زاد عليها موانع كثيرة أخرى. فهو على سبيل المثال لا يقف عند الأبوة والبنوة بل يعتد بالقرابة حتى الدرجة الرابعة، سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة حواش، وهو من جهة اخرى لا يقتصر على علاقة الزوجية بل يسوى بين الزوجة والأصهار حتى الدرجة الرابعة ويجعل علاقة المصاهرة كعلاقة القرابة سواء بسواء. كذلك فانه يمنع القاضي من نظر الدعوى اذا كانت له أو لأحد أصوله أو فروعه أو لزوجته أو لأحد أصولها أو فروعها مصلحة فيها. وهو يمنع القاضي من نظر الدعوى اذا كان قد سبق له الافتاء أو الترافع فيها أو الاشتراك في نظرها أو أداء الشهادة فيها. بل ان القانون الوضعي يجيز رد القاضي اذا كانت له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها، ويجيز رده كذلك اذا كان أحد الخصوم خادما له أو كانت بينهما علاقة مؤاكلة او مساكنة أو تهاد. وفضلا عن ذلك فقد نص القانون بوجه عام على جواز رد القاضي اذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل. والى جانب أسباب عدم الصلاحية والرد حرص المشرع الوضعي على التوسعة على القاضي تخفيفا عنه من جهة وتحريا للعدالة من جهة أخرى، فأجاز له في غير الاحوال المتقدمة أن يتنحى عن نظر الدعوى اذا استشعر الحرج من نظرها والفصل فيها.

ويعن للباحث بعد هذا العرض سؤال : لماذا كانت أحوال المنع في فقه الشريعة اقل منها في القانون الوضعي وكان العكس أليق باعتبار أن امضاء العدل في القانون هدف اجتماعي بحت، أما في الشريعة فعبادة يتقرب بها المسلم الى ربه كالصوم والصلاة؟ ولماذا يحتاط القانون الوضعي هذا الاحتياط لضمان حياد القاضي وتوقى الخطأ وكان أحرى بالشريعة أن تكون اكثر منه احتياطا؟

يبدو لنا أن الاجابة عن هذا السؤال ترجع

الى أمرين، أحدهما ذو طابع شرعي، والآخر ذو طابع عملي.

أما الأمر الأول فهو أن شروط القضاء في الفقه الشرعي تختلف عن شروطه في القانون الوضعي، فالأول طابعه التشدد، والثاني طابعه التخفف. وقد عوض القانون تخففه في اختيار القضاة بالتوسع في أحوال المنع لكي يصل الى افضل ما يمكن الوصول اليه من حيدة القضاء وعدالته. أما فقهاء الشريعة فتشددوا في اختيار القاضي فشرطوا فيه من الشروط ما يضمن حياده وعدله، واستغنوا بذلك عن كثير من حالات المنع القانونية. ومما اشترطه الفقهاء في هذا الخصوص أن يكون القاضي عدلا، ولهم في تعريف العدالة أقوال كثيرة لعل من أحسنها ما نقله السيوطي عن فقهاء مذهبه، فقد قال: حدها الأصحاب بأنها ملكة، أي هيئة راسخة في النفس تمنع من اقتراف كبيرة أو صغيرة دالة على الخسة أو مباح يخل بالمروءة(٣٦). فالعدالة المطلوبة وفقا لهذا الرأي عنصر في الكيان الأدبي، أو هي طبع وسجية، واذا توافرت بهذا المعنى في شخص كان مؤتمنا على ما يفصل فيه من دعاوى ولو كان الخصوم من الوالدين والأقربين أو من الأعداء. وقد رأينا بالفعل قضاة لا يترددون في ادانة أبنائهم وفي الانتصاف لأعدائهم. واذا وضع نظام من النظم هذه الضوابط الصارمة لاختيار قضاة فمن المعقول أن يقتصد في تحديد الموانع التي تحول بينهم وبين نظر الدعاوى والفصل فيها.

وأما الأمر الثاني فهو ما جرى عليه العمل في غالب الأحوال من تحويل كل قاض سلطة الفصل وحده في كل الخصومات أو في نوع معين من الخصومات التي تنشأ بين أهل مصر محدد أو أهل جزء من هذا المصر، فكان المتقاضون لا يجدون أمامهم غير قاض واحد يقصدونه فيما ينشأ بينهم من خصومات. ولما كان مقتضى المنع أن يحال الخصوم الى قاض آخر هو في العادة أقرب القضاة مكانا(٣٧)، فقد اقتصد الفقهاء في حالات المنع تيسيرا على الناس ورفعا للمشقة عنهم. أما القانون الوضعي فقد أخذ بنظام «الدوائر»، أي المحاكم المتعددة ذات الاختصاص المتماثل في النطاق المكاني الواحد، وهذا النظام يجعل من اليسير على الخصوم اذا قام بأحد القضاة سبب من أسباب المنع أن يلجأوا الى قاض آخر في نفس المكان ليقضى بينهم(٣٨).

رأينا الخاص: وضح لنا مما سبق أن منع القاضي من الحكم لبعض الناس أو عليهم لا يستند الى نص صريح في الكتاب أو السنة، وانما هو اجتهاد فقهي، ورأينا أن المنع هو مذهب الجمهور وان اختلفوا في تحديد مداه، وشذ أهل الظاهر فلم يمنعوا القاضي من الحكم لأي خصم أو عليه اعتمادا على عدالته واكتفاء بها. ورأي الجمهور عندنا أرجح وان كان في تعليله نظر، فقد بنى الفقهاء المنع من القضاء على المنع من الشهادة، وكان من نتائج ذلك أن وقع الخلاف بينهم فيمن يمتنع الحكم له أو عليه، بل لقد خرج بعضهم أحيانا على الربط بين القضاء والشهادة، وكان من نتائجه أيضا انكار أهل الظاهر لفكرة المنع ذاتها في الشهادة وفي القضاء جميعا.

وعندنا أن المنع من القضاء في بعض الاحوال أصل في ذاته، فليس للقضاء من آفة غير الجهل والهوى، وقد احتاط الفقهاء من آفة الجهل بما فيه الكفاية فاشترطوا في القاضي أن

يكون عالما فطنا، وكان يحسن بهم توقيا من آفة الهوى أن يجعلوا المنع من القضاء في بعض الأحوال قيدا يضاف الى شرط العدالة. وكان هذا الاعتبار كافيا في ذاته لتبرير المنع من القضاء دون حاجة لتأسيسه على المنع من الشهادة.

ذلك أن العدل من المقاصد الضرورية في الشريعة، فكل ما يؤديه في أحسن حالاته يلحقه حكمه. وقد حذر الله أنبياءه من أتباع الهوى فقال مخاطباً داود عليه السلام: «يا داود انا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله» (٣٩) ولما كان النهي عن أمر يقتضي إمكان وقوعه من المخاطب، وكان النهي في الآية السابقة موجهاً الى نبي فهذا دليل على أن للهوى سلطاناً قوياً يمكن أن يستجيب له في بعض المواقف أكثر الناس عدالة. ومتى كان الأمر كذلك كان سد الذريعة أليق وأوفق، وذلك بتجنيب القاضي مشقة مجاهدة النفس حين ينوشه سلطان الهوى لاحتمال عجزه عن مغالبتهم، وهذا يقتضي منعه من القضاء في هذه الأحوال. ويروى أن عمر بن الخطاب تقدم اليه خصمان فأقامهما — أي صرفهما عن مجلسه — ثم عادا فأقامهما، ثم عادا ففصل بينهما، فقيل له في ذلك فقال: تقدما اليَّ فوجدت لأحدهما — أي قبولاً في نفسي — ما لم أجد لصاحبه فكرهت أن أفصل بينهما على ذلك، ثم عادا اليَّ فوجدت بعض ذلك، ثم عادا وقد ذهب ذلك ففصلت بينهما (٤٠). واذا كان عمر بن الخطاب وهو من هو في عدله وتقواه قد تورع عن الفصل بين خصمين ليس بينه وبين أحدهما قرابة أو عداوة لمجرد أنه أحس ببعض الميل لأحدهما فصد نفسه عن القضاء بينهما حتى ذهب عنه ما أحس به، أفلا يكون هذا داعياً للتأسي به والزام من دونه بالتنحي عن نظر الدعوى كلما كانت له بأحد الخصوم علاقة من شأنها أن تجعل هواه معه أو ضده. وفضلاً عن ذلك فثمة اعتبار آخر يقتضي المنع وحده، فلا يكفي لصحة الحكم وقبوله أن يكون القاضي عادلاً، بل يلزم كذلك أن يستقر هذا المعنى في وجدان الخصوم. ومن العسير — بحكم طبيعتنا البشرية — أن يطمأن الخصم الى حياد قاضيه وهو يدرك سلفاً حقيقة مشاعره تجاه خصمه أو تجاهه عند نظر دعواه.

واذا خلصنا أن المنع من القضاء عند مظنة التهمة أكثر اتفاقاً مع روح الشريعة وقواعدها الكلية، فمن الأوفق في رأينا ألا ينحصر المنع في أحوال معينة لا يعدوها، بل يجب ترك ذلك لولي الأمر على أن يستهدي في تحديد أحوال المنع بالعلة التي دعت اليه. ولدينا أن حالات المنع التي حددها القانون الوضعي ممكنة القبول شرعاً لأن فيها مظنة التهمة. كذلك فاننا نعتقد أن منع القاضي في هذه الأحوال من نظر الدعوى ابتداء أولى من تخويله سلطة نظرها ونهيه في الوقت نفسه عن الفصل فيها على وجه معين، فهذا الحل أدعى الى رفع الحرج عن القضاة من جهة والى توفير وقتهم وجهدهم من جهة أخرى.

ولا وجه للاعتراض بأن شرط العدالة يغني عن كثير من حالات المنع القانونية، فهذا الشرط مهما قيل فيه أمر خفي، ثم أنه بضابطه الشرعي يتعذر توفره في كثير من المعاصرين، واذا فرضنا إمكان توفره فلسنا نرى خيراً من التحوط على أي حال مادمنا في مقام سد

الذريعة. واذا أضفنا الى ذلك أن تعدد القضاة ذوي الاختصاص النوعي الواحد في النطاق المكاني الواحد أصبح أمراً شائعاً ولازماً لسرعة الفصل في الأقضية المتزايدة، فان منع بعض القضاة لأدنى شبهة من نظر بعض الدعاوى لا يلحق ضرراً بمصلحة مشروعة لأحد، بل هو على العكس من ذلك أدعى الى تحقيق العَدل وتجنب الخطأ.

(هـ) ومن وسائل درء الخطأ كذلك **كفالة حق الدفاع**. ويراد بهذا الحق تمكين كل خصم من بسط حججه وعرض أدلته والرد على ما يقدمه خصمه من أدلة وما يبديه من أوجه دفاع. روى عن علي بن أبي طالب أنه قال: ولآني رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمن وقال لي:

خصم من بسط حججه وعرض أدلته والرد على ما يقدمه خصمه من أدلة وما يبديه من أوجه دفاع. روى عن علي بن أبي طالب أنه قال: ولآني رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمن وقال لي: يا علي، ان الناس سيتقاضون اليك، فاذا أتاك الخصمان فلا تقضين لأحدهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فانه أحرى أن يتبين لك القضاء وتعلم لمن الحق، قال علي: فما شككت في قضاء بعد.

ولا يقتصر حق الدفاع على خصم دون خصم، بل هو ثابت لكل خصم. والقاعدة أن المدعي هو الذي يبدأ بمباشرة هذا الحق باعتبار أنه الذي يفتتح الدعوى ثم يعقبه المدعى عليه. غير أن الأمر قد لا ينتهي عند هذا الحد، بل يكون الدفاع خلفة يتداوله الخصمان. ويقع ذلك حين يستحدث أحدهما من وجوه الدفاع ما لا يسلم به الآخر فيرى لزوم الرد عليه.

وعلى القاضي أن يفسح للخصمين وأن يسوي بينهما في مباشرة هذا الحق، لا لأن العدل يوجب هذه التسوية فحسب، بل لأنها السبيل الوحيد لاستجلاء الحقيقة وهي شرط لاصابة الحق عند القضاء. فاذا أخلّ القاضي بهذا الأصل فقد أوصد على نفسه باباً يفضي به الى الحقيقة، وعندئذ يكون احتمال الخطأ في حكمه أكبر من احتمال الاصابة.

وقد إستقر حق الدفاع في وجدان فقهاء الشريعة فتواصوا به جميعاً. ذكر الخشني في كتابه «قضاة قرطبة» أن عقبة بن الحجاج السلولي كان والياً على الأندلس وكان صاحب جهاد ورباط، وقد وقع اختياره على مهدي بن مسلم وهو من أهل الدين والعلم والورع، فاختاره للقضاء في قرطبة وقال له: أكتب عهدك عني لنفسك، فكتب مهدي عهداً جامعاً لأصول القضاء، ومما جاء فيه أن عقبة أمره «أن يواسي بين الخصوم بنظره واستفهامه ولطفه ولحظه واستماعه، وأن يفهم من كل أحد حجته وما يدلي به، ويستأنى بكل عييّ اللسان ناقص البيان، فان في استقصاء الحجة ما يكون به لحق الله تعالى عليه قاضياً وللواجب فيه راغباً. (٤١) وجاء في تبصرة الحكام: وجه الحكم في القضاء اذا أدلى الخصمان بحجتيهما وفهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما: أبقيت لكما حجة؟ فان قالا: لا، حكم بينهما، وان قال أحدهما: نعم، بقيت لي حجة أنظره القاضي ما لم يظهر لدده (٤٢).

(١) ومن الفقهاء من ينزه الرسول عن الخطأ في قضائه استناداً الى ما اتفق عليه الأصوليون من أنه صلى الله عليه وسلم لا يقر على خطأ. قال الزرقاني في شرحه على موطأ امام مالك انه لا تعارض بين الحديث وقاعدة الأصوليين، لأن مرادهم فيما حكم فيه باجتهاده، أما اذا حكم فيما خالف ظاهره باطنه فانه لا يسمي الحكم خطأ، بل الحكم صحيح بناء على ما استقر به التكليف وهو وجوب العمل بشاهدين مثلاً، فان كانا شاهدي زور ونحو ذلك فالتقصير منهما وممن ساعدهما، وأما الحاكم فلا حيلة له في ذلك ولا عتب عليه بسببه، بخلاف ما اذا أخطأ في الاجتهاد. شرح الزرقاني جـ٣ ص٣٨٥.

وهذا الدفاع مقبول على شرط الزرقاني، فهو يصرف الصحة الى مطابقة الحكم لأصول الاثبات في القضاء. وليس هذا ما نقصد اليه، فذلك هو العدل الشكلي. واذا كان هذا العدل مطلوباً فذلك لأنه يؤدي غالباً الى إحقاق الحق وإبطال الباطل. غير أننا لا نجعل الخطأ هنا مقابلاً للصحة، بل نجعله مقابلاً للصواب، وليس بمستبعد أن يكون الحكم صحيحاً في شكله ولكن غير مصيب في الحقيقة. وقد افترض صلى الله عليه وسلم إمكان وقوع ذلك منه، أي إمكان تحري الحقيقة دون إصابتها، وان لم يثبت وقوعه فعلا، ألا تراه يقول: «فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئاً»؟ فكيف يكون الحكم صواباً وهو ينهي المحكوم له عن تنفيذه والحق أن عصمة الرسول لا تشمل كل ما يصدر عنه من قول أو فعل، وانما تنحصر فيما يبلغ عن ربه، سواء كان تكليفاً أو مجرد اخبار. وفيما خلا ذلك فانه بشر يصيب ويخطىء، وليس في ذلك ما ينقص من قدره. وحول هذا الحديث يقول الشيخ محمد أبو زهرة: ان القضاء ليس تشريعاً، ولكنه تطبيق للمبادىء المقررة التي جاءت بها الشريعة الاسلامية. وفرق بين التطبيق والتشريع، فالنبي في التطبيق يعمل عمل البشر من الاستماع للبينات، وفي الشريعة المطبقة يتلقى من السماء ويبلغ أهل الأرض، وفرق ما بين الأمرين عظيم. تاريخ المذاهب الفقهية ص١١. على أنه لما كان القضاء ينطوي على إنزال حكم شرعي معين على واقعة حال معينة فان خطأ الرسول ــ على فرض حصوله ــ لا يتصور إلا بالنسبة لتحصيل الواقع، أما الحكم الشرعي المطبق فلا يمكن أن يتطرق اليه الخطأ، لأنه صلى الله عليه وسلم في تقرير الأحكام انما يبلغ عن ربه، وهو في التبليغ معصوم من الخطأ.

(٢) أحكام القرآن للقرطبي ــ طبعة دار الشعب ص٤٣٤٨.

(٣) الجامع الصحيح لمسلم.

(٤) على أن هذه القاعدة ليست مطلقة، اذ ترد عليها استثناءات محدودة، كما هو الحال بالنسبة للقضاء العسكري، وكما هو الحال في بعض الدول التي تأخذ بنظام المحلفين.

(٥) ولا ندعي أننا بهذا البيان قد استوعبنا وسائل دفع الخطأ ورفعه في مجال القانون الوضعي وفي مجال الفقه الشرعي، أو بالأدق نحن لا نجزم بذلك، لأن الموضوع في المجالين لم تفرد له نصوص حاصرة، كما أن كتب الفقه ــ الشرعي والوضعي على السواء ــ لم تجمع أخطاء القضاء ووسائل دفعها ورفعها في باب من أبوابها، وإنما وردت هذه الأمور في مواضع متفرقة واشتملت عليها أبواب متعددة وما نقوم به ليس إلا محاولة فقهية لجمع شتات الموضوع، وهي لا تنفي إمكان وجود وسائل أخرى ربما غابت عنا، إلا أن هذه الوسائل على فرض وجودها أقل أهمية.

(٦) جاء في المغنى لابن قدامة الحنبلي: قال أبو الخطاب: يجوز أخذ الرزق مع الحاجة فأما مع عدمها فعلى وجهين. وقال الامام أحمد: ما يعجبني أن يأخذ على القضاء أجراً، وان كان فبقدر شغله. وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الأجر على القضاء. وكان مسروق وعبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن لا يأخذان عليه أجراً، وقالا: لا نأخذ أجراً على أن نعدل بين اثنين. ويقول ابن قدامة: والصحيح جواز أخذ الرزق عليه في كل حال، فأما الاستئجار عليه فلا يجوز. قال عمر رضي الله عنه: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً. وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً، وذلك لأنه قربه يختص فاعله أن يكون في أهل القربه فأشبه الصلاة.

(٧) أدب القاضي للماوردي جـ١ ص٦٣٤. وفي الفقه خلاف حول طبيعة العدالة، فهي عند الشافعية والمالكية والحنابلة شرط لصحة التولية. (الماوردي ــ المرجع السابق، الخرشى جـ٧ ص١٣٨، حاشية الدسوقي جـ٤ ص١٢٩، المغنى لابن قدامة جـ١١ ص٣٨١ ــ ٨٣٢)، أما الحنفية فلا يعتبرون العدالة شرط صحة بل شرط كمال حتى انهم ليجيزون تولية الفاسق وان كانوا لا يستحبون ذلك (بدائع الصنائع جـ٩ ص٤٠٨٠، الفتاوى الهندية جـ٣ ص٢١٢).

(٨) انظر الماوردي ــ الأحكام السلطانية ص٦٥ ــ ٦٦، وأدب القاضي جـ١ ص٦٣٦ ــ ٦٣٧. وهذا أيضا هو مذهب الحنابلة. المغنى جـ١١ ص٣٨٢ ــ ٣٨٤. أما الحنفية فيتخففون، فعندهم أن العلم بالحلال والحرام وسائر الأحكام ليس شرطاً لجواز تولي القضاء، بل هو من شروط الفضيلة والكمال أو الندب والاستحسان، فلا يلزم عندهم أن يكون القاضي قد بلغ مرتبة الاجتهاد، بل يكفي أن يكون مقلداً، بل ويصح عندهم تولية الجاهل لأنه يقدر على القضاء بالحق مستعيناً بعلم غيره بأن يستفتى الفقهاء. انظر بدائع الصنائع جـ٩ ص٤٠٧٩. وفي الفقه المالكي قول يوافق مذهب الأحناف فلا يجعل العلم شرط صحة، الا ان عامة أهل المذهب على أنه يشترط في القاضي أن يكون مجتهداً، فان لم يوجد المجتهد ولي أمثل مقلد. الخرشى وحاشيته العدوى جـ٧ ص١٢٩، حاشية الدسوقي جـ٤ ص١٢٩ ــ ١٣٠.

(٩) الطرق الحكمية لابن القيم ص٤٠.

(١٠) الطرق الحكمية ص٥.

(١١) اعلام الموقعين ص ٧٧ ــ ٧٨، الطرق الحكمية ص ٥.

(١٢) الفروق للقرافي جـ ٢ ص ١٩٧ ــ ١٩٨.

(١٣) معين الحكام للطرابلسي (الحنفي) ص ٢١، تبصرة الحكام لابن فرحون (المالكي) ص ٣٧.

(١٤) المغنى جـ ١١ ص ٣٩٥ ــ ٣٩٦.

(١٥) أدب القاضي جـ ١ ص ٦١٥.

(١٦) معين الحكام ص ٣٠، وكان عمر بن الخطاب يشاور ابن عباس ويقول له: غص يا غواص، وكان اذا أصاب يقول له: شنشنة أعرفها من أخزم، وهو مثل تذكره العرب لمن يشبه أباه، وكان يأخذ بقوله وعمر أكبر سنا.

(١٧) أدب القاضي جـ ١ ص ٦١٣ ــ ٦١٤.

(١٨) بدائع الصنائع جـ ٩ ص ٤٠٨٤.

(١٩) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٨٥.

(٢٠) الوجيز للغزالي جـ ٢ ص ٢٣٨.

(٢١) الخرشى جـ ٧ ص ١٤٤، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١٣٥.

(٢٢) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣٨٠.

(٢٣) تاريخ القضاء في الاسلام لابن عرنوس ص ٩٢، الثغر البسام في ذكر من ولى قضاء الشام ص ١٨٧، رفع الاصر ٣٩ب والتلخيص ص٣٣ نقلا عن ملحق الكندي ص ٥٩٨.

(٢٤) ويمكن ايجاب الاجماع في بعض الاحوال،

كحالة الحكم بالحد أو بالقصاص أو بالتعزير بالقتل، لأن هذه العقوبات تدرء بالشبهة، واختلاف القضاة في موجب العقوبة شبهة.

(٢٥) مغنى المحتاج جـ ٤ ص — ٣٨.

(٢٦) الخرشي جـ ٧ ص ١٤٤، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١٣٤.

(٢٧) القضاء في الاسلام — محمد سلام مدكور ص ٥٦.

(٢٨) انظر في عرض آراء الفقهاء: المحلي لابن حزم جـ ٩ ص ٥٠٦ — ٥٠٧، وانظر في بيان آراء المذاهب. كل على حدة: معين الحكام ص ٣٤ — ٣٥، الفتاوي الهندية جـ ٣ ص ٢١٩، ٢٢٠، ٢٤٩، أدب القاضي للماوردي جـ ٢ ص ٧٠ — ٧١، ٤١٣ — ٤١٥، والأحكام السلطانية ص ٧٦، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٢٠، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٩٤، الخرشي جـ ٧ ص ١٦٢، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١٥٢، المغنى جـ ١١ ص ٤٨٣.

(٢٩) حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١٣٩، القضاء في الاسلام — المرجع السابق ص ٦٠.

(٣٠) فحكم القاضي يلزم الخصوم، والشهادة اذا استجمعت شروطها تلزم القاضي بأن يحكم بمقتضاها. انظر في حكم الشهادة بدائع الصنائع جـ ٩ ص ٤٠٦١، الفتاوي الهندية جـ ٣ ص ٣٠١.التاج والاكليل جـ ٦ ص ١٥٠.

(٣١) المحلى جـ ٩ ص ٥٠٦، ٥١٠.

(٣٢) سورة المائدة الآية ٨.

(٣٣) المحلى جـ ٩ ص ٥١٢، وبهذا الرأي أخذ القرطبي في تفسير الآية المذكورة فقال ان فيها دليلا على نفوذ حكم العدو على عدوه في الله تعالى ونفوذه شهادته عليه، لأنه أمر بالعدل وان أبغضه، ولو كان حكمه عليه وشهادته لا تجوز فيها مع البغض له لما كان لأمره بالعدل فيه وجه. أحكام القرآن ص ٢١٠٦، ٢١٠٧.

(٣٤) أدب القاضي جـ ٢ ص ٧٠.

(٣٥) أدب القاضي جـ ٢ ص ٧٠ — ٧١

(٣٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٨٤

(٣٧) وقد يحال الخصوم الى قاض آخر يندبه الخليفة او الآمر أو قاضي القضاة أو قاضي الجماعة لنظر الدعوى التي قام فيها موجب المنع. و يلاحظ مع ذلك ان الفقه الشرعي لم يستبعد كلية امكان تولية اكثر من قاض عملا واحدا في مكان واحد، فقد عرض الفقهاء لهذه المسألة واختلفوا فيها، فمنعها البعض وأجازها البعض. انظر المغنى ج ١١ ص ٤٨١ — ٤٨٢، وأدب القاضي للماوردي ج١ ص ١٦٤.

(٣٨) ويصح كذلك ندب قاض آخر ليحل محل القاضي الذي قام به سبب المنع وتظل الدعوى منظورة أمام نفس الدائرة.

(٣٩) سورة ص الآية ٢٦.

(٤٠) أحكام القرآن للقرطبي ص ٥٦٣٤.

(٤١) قضاة قرطبة ص ٢٣.

(٤٢) تبصرة الحكام جـ ١ ص ١٦٦.